Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
http://dx.doi.org/10.12946/rg01/146-158

Rg 1 2002 146 – 158

Mario Bretone

La »cartella rossa«

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Liebe Leserinnen und Leser!
Liebe Autorinnen und Autoren!

Draußen geht der Nichtleser um,
ein gefährliches Tier.

Durs Grünbein

»Rechtsgeschichte« tritt an die Stelle von »Ius Commune«, der 1967 gegründeten und bis 2001 fortgeführten Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte.

Der neue schlichte Titel hat den Vorzug der Wahrhaftigkeit. Konnte doch das Gemeine Recht schon lange nicht mehr die Forschungsinteressen bündeln und begrenzen. »Rechtsgeschichte« widmet sich nicht einer Provinz, sondern der großen Welt des Rechts – wann, wo und in welcher Gestalt auch immer dies anzutreffen war und ist.

Den Weg durch die große, von Recht überquellende Welt sollen die Qualität und Originalität, der theoretische Anspruch und die Aktualität, der Charme und die Klugheit der Beiträge und Forschungen weisen. Herausgeberin, Redakteure und *Peers* entscheiden, ob ein Text lesbar und lesenswert ist, ob er intellektuellen Appetit anregen und Informationsdurst stillen kann oder eher geeignet ist, Leser zu Nichtlesern zu machen.

Gefährlicher als der Nichtleser ist allerdings jene Gattung Wissenschaftler, die rügt und rümpft, ohne die sichere Höhle der Nichtschreiber zu verlassen. Verehrte Autorinnen und Autoren, verehrte Leserinnen und Leser: Ihrer Lese- und Schreiblust, Ihrem Tatendrang oder Ihrer Trägheit, Ihrem Urteil und Vorurteil, Ihrer Gefährlichkeit oder Gefräßigkeit ist es anheim gegeben, was aus Rechtsgeschichte wird – und ob »Rechtsgeschichte« den Regenbogen, der mit diesem grünen Band beginnt, eines Tages vollenden wird.

»Rechtsgeschichte« wird zwei Mal jährlich, im September und im März, erscheinen. Das Programm eines jeden Bandes sowie Abstracts und Leittexte der »Debatte« stehen im Internet unter http://www.rg-rechtsgeschichte.de zur Verfügung.

Marie Theres Fögen

Debatte

Marie Theres Fögen	14	Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag
Simon Roberts	21	Against a Systemic Legal History
Marc Amstutz	26	Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie
Horst H. Jakobs	32	Umbenennungen
Egon Flaig	34	»… ziehe ich es vor, dazu zu schweigen …«

Recherche

Lorraine Daston	36	Baconsche Tatsachen
Rainer Maria Kiesow	56	Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht
Volker Bauer	71	Territoriale Amtskalender und Amtshandbücher im Alten Reich
Philippe Sturmel	90	L'école historique française du droit a-t-elle existé?
Christian Windler	122	Grenzen vor Ort
Mario Bretone	146	La »cartella rossa«
Karl Härter	159	Von der »Entstehung des öffentlichen Strafrechts« zur »Fabrikation des Verbrechens«
Johannes-Michael Scholz	198	Wahrnehmung als Reflexion Pierre Bourdieu 1930–2002
Klaus Lüderssen	208	Gadamers Wahrheit für Juristen Hans-Georg Gadamer 1900–2002
Daniel Dédeyan	216	Gadamer im Recht
Bettina Emmerich	221	Gnade für niemand! Matthias Beltz 1945–2002

Kritik

Marie Theres Fögen 226 Wie es euch gefällt
Raoul van Caenegem, European Law in the Past and the Future

Susanne Lepsius 227 Sieht man mit dem Zweiten besser?
Paolo Prodi, Una storia della giustizia

John W. Cairns 229 Ecclesia anglicana vivit iure commune
Richard H. Helmholz, The Ius Commune in England

Kent Lerch 232 Kreuz des Nordens
Kenneth Reid und Reinhard Zimmermann (Hg.), A history of private Law in Scotland

Tomasz Giaro 236 Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte
Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law

Marie Theres Fögen 238 Des Kaisers alte Kleider
Frank Kolb, Herrscherideologie in der Spätantike

Tomasz Giaro 241 Methodenreich
Jan Schröder, Recht als Wissenschaft

Christof L. Diedrichs 242 Starke Bilder – Schwache Theorie
Klaus Schreiner und Gabriela Signori (Hg.), Bilder, Texte, Rituale

Angela De Benedictis 244 Elefantenbegriffe
Peter Blickle, Kommunalismus

Joachim Eibach 246 Bewaffnete Spießbürger
Ralf Pröve, Stadtgemeindlicher Republikanismus und die »Macht des Volkes«

Gerhard Sälter 248 Städtischer »Unfug«
Rainer Driever, Obrigkeitliche Normierung sozialer Wirklichkeit

Joseph Canning 249 Papacy and Political Theory
Jürgen Miethke, De potestate papae

Christiane Birr 252 Im Dickicht des Gemeinen Rechts
Johannes Merz, Fürst und Herrschaft

Thomas Duve 254 Macht der Gewohnheit
Víctor Tau Anzoátegui, El poder de la costumbre

Kritik

Roy Garré 256 Vom Lob der Bauern und vom Wert der Gewohnheit
Peter Niederhäuser und Werner Fischer (Hg.), Vom «Freiheitskrieg» zum Geschichtsmythos

Susanne Lepsius 258 Quaestio Quaestionum
Manlio Bellomo, I fatti e il diritto

Karl-Heinz Lingens 261 Dreiste Wahrheiten?
Carl Gottlieb Svarez, Kronprinzenvorlesungen

Miloš Vec 262 Geistergeschichte
Martin Kühnel, Das politische Denken von Christian Thomasius

Valentin Groebner 264 Auf den Fluren von Ausländerbehörden
John Torpey, The Invention of the Passport
Andreas Fahrmeir, Citizens and Aliens
Dieter Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen

Christian Windler 267 Deutsche Grenzforschung
Christoph Motsch, Grenzgesellschaft und frühmoderner Staat

Claudia Kraft 269 Männererbe
Karl Kaser, Macht und Erbe

Margrit Seckelmann 271 Modern Times
Kees Gispen, Poems in Steel

Gerd Bender 273 An die Arbeit!
Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag
Willibald Steinmetz, Begegnungen vor Gericht

Kritik

Heino Heinrich Nau 276 Rechtspopulationen der Ökonomie
Martina Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution

Sabine Werthmann 278 Der Edelmann als Richter
Monika Wienfort, Patrimonialgerichte in Preußen

Cornelia Vismann 281 Nur wer den Quellcode kennt
Anette Baumann, Siegfried Westphal, Stephan Wendehorst und Stefan Ehrenpreis (Hg.), Prozessakten als Quelle

Marie Theres Fögen 284 Gesteht!
Bernd Rüthers, Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien

Natascha Doll 286 Die Entdeckung der Entdecker
Thomas Hoeren (Hg.), Zivilrechtliche Entdecker

Carsten Doerfert 288 Groundbook
Marcus Dittmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law

A. J. Boudewijn Sirks 289 In der Kürze keine Würze
Helmut Janssen, Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts

Michael Stolleis 291 »Volksempfinden« überall und nirgendwo
Angelika Kleinz, Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik

Lars Hendrik Riemer 294 Der gute Mensch im Verbrecher
Thomas Nutz, Strafanstalt als Besserungsmaschine

Marginalien

Marie Theres Fögen, Michael Kempe 298 Nach Hause …

Christine Franzius 301 Die jungen Milden. Eindrücke vom Forum junger Rechtshistoriker/-innen

304 Reihe Unwissen

304 Joint Venture
International Max Planck Research School for comparative legal history

Ilse Staff 305 Ausgemustert

Heinrich Gehrke 306 Schnappschüsse im Gerichtssaal
Erich Dittmann, »Nieder mit den schwarzen Paragrafenhengsten!« Zeichnungen aus deutschen Gerichten 1963–1999

La »cartella rossa«*

Die rote Brieftasche in welcher Sie den Gajus
gesehen haben, liegt neben mir …
Hugo a Haubold, Göttingen 26.11.1817

I

Nella cultura tedesca del primo Ottocento, la ricerca delle fonti di conoscenza storica, e il loro studio, avviene in un sistema comunicativo nel quale prevalgono, su ogni forma organizzata, i rapporti personali di colleganza e di amicizia. Domina l'epistolografia. Con lo scrivere, spedire, ricevere e leggere lettere, poi gelosamente custodite nei propri archivi, si costituisce e si rinsalda una comunità scientifica. Le lettere, osserva Cristina Vano, sono »strumenti di lavoro non meno indispensabili dei libri«; e la loro efficacia si rivela soprattutto »nella fase di ricerca, identificazione, trascrizione e costituzione dei testi«. Accompagnano e guidano il lavoro editoriale, come dimostra fra l'altro la complicata vicenda di una raccolta di fonti giuridiche, il *Jus civile antejustinianeum*. Vengono annotate e studiate, e spesso rifluiscono »con ritocchi marginali e qualche taglio nelle pubblicazioni a stampa, nelle monografie e soprattutto nelle riviste« (61–64, 81–82, 98–102). Sono le riviste, che ora nascono e si diffondono, il segno più cospicuo di una condizione mutata. Attraverso di loro il sapere si viene articolando e definendo in discipline specialistiche e in »scuole«. La *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fondata nel 1815, ne è l'esempio principe (58, 61, 152). Al centro del sistema, come cuore pulsante, sta naturalmente la didattica universitaria, con i suoi corsi orali e la sua manualistica in continua trasformazione (63–64, 69–70, 75–79). Nessun romanista serio non si direbbe oggi d'accordo con chi considerava, allora, una »mezza nozione« peggiore della »completa ignoranza«.

Gli scambi potevano essere molto intensi; ma, osserva l'autrice, »rimanevano di carta« (62). Non li chiamerei però »virtuali«, indulgendo a un facile anacronismo. Il tempo che essi richiesero, e che si è come sedimentato nella scrittura, conservatasi indenne da un secolo all'altro, non ha nessun termine comparativo nel mondo effimero nel quale viviamo (»effimero« in un senso che Savigny, il quale pure adoperava l'aggettivo per la propria epoca,[1]

* C. Vano, »Il nostro autentico Gaio«. Strategie della Scuola storica alle origini della romanistica moderna, Napoli: Ed. Scientifiche Italiane 2000. XIX, 389 pp., ISBN 88-87293-76-7.

1 Vi accenno in: Diritto e tempo nella tradizione europea, Roma, Bari 4. ed. 1999, 5. ed. 2001, 90.

non avrebbe mai potuto presagire). È nostro dovere, io credo, evitare ogni equivoco e insistere sulla differenza. Considero un altro aspetto. Non sempre uno scambio di lettere dava luogo a un incontro »faccia a faccia«, e quando questo si verificava, non di rado erano trascorsi molti anni. Gustav Hugo e Christian Gottlieb Haubold, fra Gottinga e Lipsia, si scrissero per oltre un ventennio, – ed ebbero interlocutori comuni, come Friedrich Carl von Savigny, Eduard Schrader e Andreas Wilhelm Cramer, – prima di trovarsi, ormai vecchi, l'uno di fronte all'altro (59, 65–71). I carteggi inediti sono imponenti, e la nostra studiosa vi si aggira con una familiarità invidiabile.

L'incontro di Savigny con Barthold Georg Niebuhr, negli »anni eroici« dell'Università di Berlino, fu decisivo (116–121). Non è la prima volta che la sua importanza viene sottolineata. Ne erano consapevoli, d'altra parte, gli stessi protagonisti, come soprattutto le *Erinnerungen* di Savigny testimoniano. Ma l'autrice non ripercorre semplicemente un cammino abituale. Ciò che scopre, e mette in luce, nella parte savigniana ancora inedita dell'epistolario è di grande valore. Sapevamo della cura che Savigny poneva nell'insegnamento e della sua fama di docente: se non altro dall'ammirato, ma sottilmente perfido, profilo che ne tracciò Jhering, così diverso da quello di Jacob Grimm o di Karl Ludwig Arndts.[2] Ci era noto, dalla diretta testimonianza di Bettine von Arnim,[3] con quanta affabilità egli trattasse i suoi studenti, e mai respingesse le loro domande, »semplici« o »ingenue« che fossero. Non stava l'»arte della lezione« soprattutto nel »dialogo«, che l' »oggetto« determina di volta in volta?[4] Ma solo ora apprendiamo che cosa Savigny, professore a Berlino da un anno, pensasse di sé: egli adoperava, insegnando, il »tono del padre di famiglia«. Non c'era nel suo spirito, così egli dice, nulla di »accademico«. Perciò anche il suo imbarazzo nell'accogliere la proposta di nomina come membro dell'Accademia prussiana delle scienze (114–115, 203). Nel contesto ora ricostruito, la lettera notissima a Jacob (e Wilhelm) Grimm del 9 aprile 1811 si illumina meglio in tutta la sua sovrana ironia ed eleganza.

Il libro non si spinge, se non a tratti, di là dai primi decenni dell'Ottocento, e mai (o quasi mai) oltre il 1840. Questo è comprensibile. Ma anche senza varcare i confini segnati, ricorderei che Niebuhr è per Savigny una presenza costante non solo nel *Besitz* dalla terza edizione in poi,[5] ma anche nella *Geschichte des*

2 R. Jhering, Friedrich Karl von Savigny, in: Jherings Jahrbücher 5 (1861) 374–375 = Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, II, Jena 1882, 18–20, dove sono richiamati Jacob Grimm e Arndts.

3 Nella lunga lettera del 4 novembre 1839, di cui destinatario è lo stesso Savigny. Si può vederla in B. von Arnim, Werke und Briefe 5, hg. von J. Müller, Frechen, Köln 1961, 300ss., 302–303.

4 Così, dopo le prime esperienze didattiche, nella lettera a Henry Crabb Robinson, del 9 gennaio 1803, A. Stoll, Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens, I, Berlin 1927, 218.

5 Savigny, Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung, 3. Aufl. Giessen 1818, 6. Aufl. 1837, 216–223, 563.

römischen Rechts im Mittelalter; più tardi lo incontreremo persino nelle pagine del *System*.[6] Un vecchio interrogativo, che la Vano non affronta, è se e in quale misura Niebuhr e Savigny abbiano conosciuto la *Scienza nuova* di Giambattista Vico. Che il primo ne fosse informato, almeno dopo il saggio di Johann Kaspar Orelli, apparso nello »Schweizerisches Museum« del 1816 con il titolo *Vico und Niebuhr*, sembra indubitabile.[7] Per il secondo, tutto induce a pensare che non si debba attendere il suo secondo viaggio in Italia, e il soggiorno a Napoli, fra il 1826 e il 1827.[8] Chissà se entrambi non vi accennassero, qua e là, nelle loro conversazioni. Certo è interessante sapere che il nome del filosofo napoletano ricorre qualche volta nei materiali inediti.[9] La Vano insiste, riecheggiando Mommsen, sulla »fusione di storia e giurisprudenza, che è legata ai nomi di Niebuhr e Savigny«. Ma su questo punto cruciale, come sul rapporto tra filologia classica e scienza storica, il suo discorso si mantiene piuttosto in superficie e non è privo di qualche oscurità (102–108, 120–121). Sicuramente Mommsen avrebbe potuto offrire qualche altro appiglio. Per Niebuhr sorprende, fra i »precursori umanisti«, il mancato ricordo di Giuseppe Giusto Scaligero accanto a Carlo Sigonio; mentre sono sempre attuali, fra tanta letteratura contemporanea, le due pagine niebuhriane di Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff e le note sparse di Santo Mazzarino.[10]

Il viaggio di Niebuhr da Berlino a Roma, fra il luglio e l'ottobre del 1816, il suo primo soggiorno veronese e il suo ritorno in Germania nella primavera avanzata del 1823, trovano nelle pagine della Vano una descrizione vivace e ricca di particolari; e così quanto accadde negli anni intermedi (121–131). Non si trascurano gli stati d'animo. Il timore per i moti napoletani del 1820 induce Niebuhr, ormai a Roma, a un curioso confronto: »eine Revolution in diesen Ländern ist schlechterdings wie eine Negerrebellion« (129 nt. 61). È singolare, aggiungo io, che una affinità fra il negro e il napoletano venga affermata, qualche decennio più tardi, nei »fogli di diario« di Victor Hehn.[11] Non mi dispiacerebbe un'indagine sulle radici di questo duplice pregiudizio. Per ora consoliamoci con i ricordi di Goethe, – »non sarà mai del tutto infelice chi può ritornare, col pensiero, a Napoli«, – e con le vicende fiabesche che Clemens Brentano traeva, adattandole all'ambiente germanico, da *Lo cunto de li cunti* di Giambattista Basile.

6 Alcune citazioni sono in: Diritto e tempo (nt. 1) 73.

7 Non si può dare torto a B. Croce, Bibliografia vichiana, accresciuta e rielaborata da F. Nicolini, 1, Napoli 1947, 503 ss., 508–509, 511, su questo punto. Per il saggio di Orelli, A. Momigliano, Roman »Bestioni« and Roman »Eroi« in Vico's Scienza nuova (1966), in: Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico 1, Roma 1966, 175 = Sui fondamenti della storia antica, Torino 1984, 227–228, e, in tempi più recenti, P. Becchi, Vico e Filangieri in Germania, Napoli 1986, 39–43, 70. Sin troppo sottile G. Walther, Niebuhrs Forschung, Stuttgart 1993, 316–319.

8 Auspica un nuovo esame D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch, Frankfurt am Main 1994, 42–43. Nulla in J. Trabant, Trasporti: Vico in Germania, in: Il mondo di Vico / Vico nel mondo. In ricordo di G. Tagliacozzo, a cura di F. Ratto, Perugia 2000, 47–51. Per il viaggio, Savigny, Ueber den juristischen Unterricht in Italien, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 6 (1828) 201 ss., 216 ss. = Vermischte Schriften IV, Berlin 1850, 309 ss., 328 ss. Alla p. 224 = 337 un accenno al Vico; del quale si sottolineano, dieci anni dopo, nelle *Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken, durch seine Briefe veranlaßt* (1839), VS IV, 217–8, la »profondità geniale« e la solitudine.

9 La »Notanda-Liste« savigniana, dove Vico è presente, viene però ridimensionata nel suo valore da Hidetake Akamatsu in Savigny, Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum »Geist der Gesetzgebung«, aus dem Nachlaß herausgegeben von H. Akamatsu und J. Rückert, Frankfurt am Main 2000, XXIII–XXIV, 100, 111–112.

10 U. Wilamowitz-Moellendorff, Geschichte der Philologie, in: Einleitung in die Altertumswissenschaft, herausgegeben von A. Gercke und E. Norden, 3. Aufl. Leipzig, Berlin 1927, 53–54; S. Mazzarino, Vico, l'annalistica e il diritto, Napoli 1971, 19–21, 89–92 e *passim*.

11 V. Hehn, Reisebilder aus Italien und Frankreich, Stuttgart 1894, photomechanischer Nachdruck Frankfurt am Main 1996, 169: »Der Neapolitaner ist von allen Italienern dem Deutschen am fernsten, er ist dem Menschen der tropischen Zone nahe und verwandt … In der That, wollte man den Bewohner der heißen Zone oder dessen Urbild, den Neger, nach seiner geistigen Natur genau zeichnen, man würde diese Natur in dem neapolitanischen Charakter tausendfältig übergangsweise angedeutet finden«.

II

Che cosa Niebuhr scoprì nella Biblioteca Capitolare di Verona, »straordinariamente ricca di antiche pergamene latine«, ci è noto da lungo tempo. Ora non dobbiamo occuparci dei *Fragmenta de iure fisci*, come si suole indicarli almeno da Lachmann in poi (126–127, 155), ma di altro. Le *Institutiones* di Gaio, – parecchie copie dovevano circolarne in Italia fra il quinto e il sesto secolo, – hanno in un palinsesto di quella Biblioteca, il codex Veronensis 13 (XV), il testimone più significativo della loro tradizione diretta. Niebuhr non fu il primo a descriverlo; ma fu certamente il primo a rendersi conto che la scrittura più antica, su cui si era sovrapposta nel nono secolo quella che riproduceva le »lettere« di Girolamo insieme con altri autori cristiani, riguardasse un testo giuridico. La mano che aveva vergato quest'ultimo, – Niebuhr se ne avvide subito, – era la stessa di un altro foglio manoscritto, isolato dal palinsesto e non coperto da altri caratteri, il cosiddetto *Folium singulare de interdictis*. Qui, allo storico, la derivazione dalle *Institutiones* di Gaio risultò evidente pur in assenza del nome.[12] Ma chi era l'autore del testo giuridico nascosto sotto le »lettere« di Girolamo? A intuirlo fu Savigny, dalla copia di due sole pagine che l'amico gli aveva inviato.[13]

Ma procediamo con ordine. Sul *Folium de interdictis*, Savigny diede immediatamente ragione a Niebuhr: l'autore del brano doveva essere Gaio. Gli argomenti erano due: il suo contenuto pregiustinianeo e la parziale coincidenza con le Istituzioni di Giustiniano (4, 15 pr.-3), la cui fonte massima era appunto il manuale del giureconsulto classico[14] (154–155). L'autrice constata tutto questo. Noi dovremmo però anche un poco sorprenderci che né Savigny né Niebuhr si preoccupassero dei tratti linguistici e stilistici, o almeno vi accennassero. Eppure essi erano visibili e rilevanti,[15] e avrebbero forse messo a tacere i dubbi di Hugo. Quanto al palinsesto, l'intuizione di Savigny fu che vi si nascondesse il medesimo autore del frammento sugli interdetti, ossia Gaio, mentre Niebuhr aveva pensato a un testo ulpianeo (144–145, 156). Oggi sappiamo che Savigny aveva colto nel segno. Ma il suo fu, bisogna dirlo, un azzardo, sulla base dei dati allora disponibili per lui. Certo, vi era, per quel che poteva valere, l'identità di scrittura con il *Folium de interdictis* già identificato; vi era la solita, ma qui assai vaga, corrispondenza con le Istituzioni giustinianee (3, 7, 4).

12 Il testo è costituito da Gai. 4, 134–144 (*pro herede aut pro possessore)*.

13 Il recto e il verso del foglio 97, ora Gai. 3, 69–73.

14 Const. Imp. 6.

15 L'*admonendi sumus* di Gai. 4, 136, – uno stilema con un preciso significato pratico-pedagogico, – si ritrova in Gai. D. 9, 4, 27 pr., L. 133; D. 12, 2, 31, L. 377; D. 29, 4, 18, 1, L. 12; D. 36, 1, 65, 15, L. 398; D. 38, 10, 1, 2; 3, 2, L. 200; D. 46, 2, 34, 2, L. 519; fuori dell'opera gaiana, solo una volta in Ulp. D. 36, 3, 6, 1, L. 1900. Significativo anche il *dispiciamus* di Gai. 4, 138, che ricorre ancora in Gai. D. 1, 6, 1 pr. = Inst. 1, 8 pr. (= Gai. 1, 51) e D. 41, 1, 10 pr. = Inst. 2, 9 pr. (= Gai. 2, 86); ma che non è estraneo né a Paolo, D. 8, 3, 38, L. 999, né a Ulpiano, D. 48, 5, 28, 1, L. 1959.

Troppo poco. La cautela di Johann F. L. Goeschen era a mio avviso giustificata; e il suo rilievo, che »la menzione esplicita di opinioni di singoli giuristi fosse incongruente con un manuale conciso come quello gaiano« (146), non meritava l'ironia di Savigny. Goeschen si fondava, o poteva fondarsi, su quanto di quel manuale è presente nella *Collatio* e nel Digesto, senza che vi ricorrano nomi,[16] e sui primi tre libri delle *Res cottidianae* ampiamente utilizzati dai compilatori giustinianei, dove le citazioni non mancano ma sono scarse e stereotipe.[17] Il contrasto fra Celio Sabino e Giavoleno, nel testo che aveva sotto gli occhi (ora Gai. 3, 70), doveva apparirgli una stonatura; anche se, come nessuno poteva ignorare, entrambi quei maestri erano altrimenti noti a Gaio.[18] Solo più tardi, quando altre prove furono a portata di mano,[19] Goeschen abbandonò il suo lodevole scetticismo (174–177, 182–183).

La scoperta del Gaio veronese non fu semplicemente dovuta al caso o alla fortuna, come pure si diceva. Fu, al contrario, un »rinnovato fervore« di studi a determinarla, e un piano preciso di indagini e di ricerche. Con Niebuhr erano d'accordo, nel valutare così lo stato delle cose, sia Savigny che Hugo; il quale, almeno su questo, mise da parte ogni »acredine« (1, 9, 15–16, 34, 54, 69, 213). Ma rinvenire il manoscritto fu solo il primo passo. Bisognava ricostituirne criticamente il testo e interpretarlo. Comincia così una lunga vicenda, in cui il *codex rescriptus* fu letto e riletto, riprodotto, maltrattato in ogni modo e sottoposto a cure tanto amorevoli quanto inutili (per quel che ne restava). Si videro all'opera nella Biblioteca Capitolare di Verona, – insieme con Goeschen, impegnato più di ogni altro a »estrarre oro puro dalla terra«, e primo editore nel 1820, – Immanuel Bekker e Moritz August Bethmann-Hollweg. Da lontano, Hugo, Savigny e Haubold, i *triumviri doctissimi*, seguivano il lavoro momento per momento (88, 167 ss., 175, 190). Poi fu la volta di Friedrich Blu(h)me, già nel 1821, di Wilhelm Studemund, di Eduard Böcking (48, 71, 179, 194 nt. 48, 217).

La storia paleografica, oggi, può dirsi conclusa (o quasi). Certo non si è conclusa la critica gaiana, che ha attraversato anch'essa fasi alterne. Nel clima odierno dei nostri studi, dove per molti tutto sembra facile e allegro, ci vuole poco a trascinarla in basso con ipotesi nuove e assurde, frutto di palmare incompetenza eppure prese qualche volta distrattamente sul serio.[20] Sulla storia paleografica Hein Leopold Wilhelm Nelson aveva scritto una ventina

16 Coll. 16, 2, 1–17. Per il Digesto, un elenco è in O. Lenel, Palingenesia 1, Gaius 404–417.

17 Nerva e Proculo si contrappongono a Masurio Sabino e a Cassio in D. 41, 1, 7, 7, L. 491; mentre in D. 17, 1, 4, L. 504, Proculo è stato privato dei suoi avversari. Solo una volta, ma in completa solitudine, appaiono Trebazio (D. 41, 1, 5, 1, L. 491) e Giuliano (D. 44, 7, 5, 5, L. 506).

18 D. 21, 1, 20, L. 381 = Caelius Sabinus 4; D. 23, 2, 46, L. 456 = Iav. 236; D. 50, 16, 236, 1, L. 438 = Iav. 239.

19 Decisivo il confronto di Gai. 2, 87 e 89 con D. 41, 1, 10, 1–2, e di Gai. 3, 17 con Coll. 16, 2, 17. È appena l'inizio.

20 Ne è un esempio il tentativo recente di leggere, in Gai. 1, 111, *itaque enim veluti* dopo *perseverabat*. A parte la disinvoltura paleografica che quel tentativo rivela, e che è riconoscibile da chiunque abbia una qualche consuetudine con l'apografo di Studemund e con gli apparati critici di David e Nelson, la congettura non sta in piedi per una ragione (dirò così) interna: il trinomio *itaque enim veluti* suona di per sé ostico, e su un centinaio di paragrafi delle *Institutiones* gaiane, mai *itaque* ed *enim* risultano contigui; sicché si regala a Gaio un sintagma che assolutamente non gli appartiene.

d'anni fa, ancora con il sommesso consiglio di Martin David, pagine illuminanti.[21] Chi voglia rileggerle, potrà constatare in quale misura il libro della Vano le arricchisca con il sostegno di materiali nuovi. L'autrice ha sotto gli occhi l'originale della famosa lettera che Niebuhr inviò al Savigny da Venezia il 4 settembre del 1816, e nella sua interezza la lunga risposta di Savigny più di un mese dopo (142, 329–35). Si sofferma sulla »infamia merkeliana« (130–131). Ricostruisce in maniera minuziosa, e appassionata, il »caso Witte« e il delicatissimo scambio epistolare di Savigny con Haubold[22] (132–137, 141–142, 189–190). Da parte loro, Goeschen e Bethmann-Hollweg ridiventano persone vive, e Andreas W. Cramer, »studioso oggi quasi dimenticato«, ricompare con la sua »nobiltà d'animo« e la sua stravaganza, e con tutta l'ironia del suo stile, malsopportato dai contemporanei (82–88, 149–150, 152–153). Infine, possiamo seguire per la prima volta, e con qualche emozione, la conferenza che Savigny tenne all'Accademia prussiana delle scienze, il 24 gennaio del 1818, »sulle Istituzioni di Gaio appena scoperte« (194–201, 346–362).

III

Il loro graduale recupero apriva alla ricerca un »mondo nuovo«. Savigny ne era convinto. Egli vedeva una »rivoluzione« compiersi sotto i suoi occhi (193, 205). Non solo la storia del diritto antico, ma anche la dogmatica giuridica poteva riceverne nuova luce. Fra l'una e l'altra si stabiliva, del resto, uno stretto legame. Sul piano storico-antichistico, nel senso proprio del termine, il decadere delle *legis actiones* e il costituirsi del processo formulare lasciavano percepire, assai meglio di prima, l'emergere dell'editto pretorio come strumento di produzione normativa (189 nt. 58). Un tema, questo dell'editto, che era divenuto da tempo fondamentale.[23] Ora si poteva anche constatare che i Romani avevano »molta più legislazione« di quanto non si immaginasse. Ma in prima fila, si badi bene, restava la giurisprudenza. Se mai, le controversie che l'attraversavano, crescevano di numero e su questioni non marginali (192–193). Non considero un caso che Heinrich Eduard Dirksen, meno di un decennio dopo la scoperta del palinsesto veronese, dedicasse a loro un ampio studio specifico;[24] né era il solo ad interessarsene. Savigny non modificava però il suo giudizio su un punto essenziale, che nel *Beruf* era stato

21 H. L. W. Nelson, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones, Leiden 1981, 1–46.

22 Importantissima la lettera del 22.10.1816, scritta da Savigny, e l'altra di Haubold tre giorni dopo, entrambe ora pubblicate nelle appendici seconda e quarta (326–328, 336–341). Sia Savigny che Haubold si occupano del *Folium de interdictis*, già noto a Scipione Maffei e da lui parzialmente descritto nel 1732 e nel 1742. La duplice tesi di Maffei è presentata però dalla Vano in modo troppo succinto, alla p. 136 nt. 81; si ristabilisce la verità ricorrendo, oltre che al Savigny, Vermischte Schriften III, Berlin 1850, 164–165, a Nelson, Überlieferung (nt. 21) 1–2 e nt. 4.

23 Vi insisto in: Diritto e tempo (nt. 1) 85–91.

24 H. E. Dirksen, Über die Schulen der römischen Juristen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechts, Leipzig 1825, 1–158, 324–328. Un suo incontro con il Gaio appena edito si era già avuto nel saggio sulle »persone giuridiche«, raccolto nelle: Civilistische Abhandlungen 2, Berlin 1820, 116, 141.

espresso a chiare lettere: l'età di Papiniano e di Ulpiano, non quella antonina, costituiva il momento più alto della giurisprudenza romana come tradizione letteraria.[25]

In gioco non era solo la storia del diritto antico, e la storia del mondo antico attraverso il diritto, ma la stessa scienza giuridica come storia. Una verità capitale per Savigny come per Hugo, anche se con accenti diversi. Il primo se ne era fatto assertore già nelle sue »lezioni metodologiche«; il secondo andava predicandola con una assidua attività di scrittore e d'insegnante: non impedita da uno stile tortuoso e »indigesto«, come proprio Savigny ebbe a definirlo (13, 16–17, 22–24, 55). Un posto significativo, nel libro, viene giustamente riconosciuto a Haubold, mentre quasi si tace su Georg Friedrich Puchta. Per quale motivo? La cronologia generalmente osservata indurrebbe a non escluderlo. Il *Grundriß zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie* precede di un anno, e le *Civilistische Abhandlungen* sono contemporanee della *Juristische Encyclopädie* di Hugo nella settima edizione del 1823. Entrambe le opere sono anche anteriori alle lezioni introduttive al corso di Pandette svolto da Savigny a Berlino nel semestre invernale 1824–1825 (9, 18, 25). Nelle *Civilistische Abhandlungen* si discute del »nome del giurista Gaio« (un tema niebuhriano), senza accennare alle *Institutiones*; ma un cenno rapidissimo a queste ultime, nella forma completa ormai assunta, si trova nel »capitolo« sulle »servitù di passaggio del diritto romano«; il quale riprende la »Inauguraldissertation« di qualche anno prima.[26]

Lo studio delle fonti è sempre al centro. La Vano ha ragione di insistervi. Si preoccupa anche, – rivalutando una vecchia e inesauribile rassegna di August W. von Schröter, apparsa in Germania nel 1824 e nel 1826, – dell'eco che ogni scoperta di nuovi testi classici, letterari e giuridici, aveva (quando l'aveva) nell'opinione pubblica colta (35 ss., 38–39). Indagare le fonti non era solo compito del filologo, o del giurista come filologo. Era compito del giurista in quanto giurista, – che nel filologo vedeva ora un compagno di lavoro come l'altro in lui (44–45, 54, 120). Costituiva la strada maestra della sua educazione (9, 116, 207). Savigny vi scorge il luogo dove il metodo si rivela ed è possibile apprenderlo (24–25, 30–33). Una »catena ininterrotta« univa il presente al passato. In questa continuità, le fonti nuove introducevano elementi vitali, ma anche la minaccia di distruggere un sapere consolidato. Perciò bisognava procedere con estrema cautela. Il testo gaiano, che

25 I riferimenti sono in: Diritto e tempo (nt. 1) 78, 93.

26 G. F. Puchta, Civilistische Abhandlungen, Leipzig, Berlin 1823, 111, 167–172.

contribuiva come nessun altro alla storia interna del diritto privato, andava inteso per un verso nella sua attitudine sistematica, e per l'altro inserito nel quadro della scienza giuridica come in un »tutto« (33, 35, 193, 198, 205, 214–217). La Scuola storica si serviva, dunque, di Gaio a suo modo, mentre i suoi avversari, i sostenitori (come si proclamavano) di un »diritto nuovo«, generalmente se ne disinteressavano o lo svalutavano. Anton Friedrich Justus Thibaut faceva eccezione: egli si dichiarava non insensibile »alle cose buone del passato« (202–203). Ma con ciò non abbandonava di un millimetro, vale la pena di ricordarlo, la sua idea pragmatica e universalistica della storia giuridica, avversa a ogni »micrologia«. Io non so fino a che punto l'autrice voglia avvicinarlo al Savigny. Essa conosce bene, naturalmente, la discussione odierna sull'uno e sull'altro. Savigny, si legge nel libro, »era pienamente consapevole della irreversibilità dei mutamenti introdotti dalla rivoluzione e dall'epoca napoleonica«, e il suo »conservatorismo politico« rientrava pertanto in un'ala precisa del liberalismo (21). Queste parole possono condividersi; ma anche considerate nel loro intero contesto rimangono generiche, perché non lasciano capire appunto il rapporto con il liberalismo di Thibaut.[27] O si inclina a non vedervi nessuna differenza, riducendo la polemica sulla codificazione a una questione solo tecnica?

Ricerca e insegnamento si davano la mano, influenzandosi a vicenda. L'Università di Berlino era sorta su questa persuasione profonda. E l'insegnamento faceva ora tesoro delle Istituzioni di Gaio. Savigny diede subito spazio a quest'opera nella parte introduttiva del corso di Pandette, che formava in origine il corso autonomo di metodologia giuridica; e così fece un anno dopo l'altro. Vi prestarono grande attenzione, nelle loro lezioni universitarie, Hugo e Haubold: il primo estraendo ogni volta la sua copia del manoscritto (ci è facile immaginarlo) dalla »cartella rossa« dove gelosamente la custodiva (14–15, 71–73, 192 nt. 64, 203 ss., 206). Ma la novità più rimarchevole fu il corso autonomo sul manuale gaiano, tenuto da Savigny nel semestre estivo del 1819 e ripetuto in altri due semestri fino al 1821. Fra il secondo e il terzo cade la splendida edizione di Goeschen. Il racconto di questo triennio, nel libro della Vano, è suggestivo, ma ci lascia (e deliberatamente) a bocca asciutta. L'autrice conosce gli appunti di Savigny (oltre duecento fogli autografi, nel lascito marburghese), ma ne impiega, e pubblica, solo le pagine introduttive; conosce gli appunti degli

27 Il tema è ripreso da P. Becchi, Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione, Genova 1999, 29–30, 121–131, 167, 203–204, 207 ss., 245 ss., 252–268.

allievi che lo ascoltarono, ma li tralascia (XV, 206–207, 211–221, 363–368). Non stentiamo a comprendere le ragioni di tutto questo, ma forse la parte più interessante è quella taciuta. Speriamo di conoscerla presto, con le sorprese che certamente ci riserba.

IV

Quale risonanza ebbero le Istituzioni di Gaio fuori della Germania? Questo interrogativo occupa gli ultimi due capitoli del libro, il quinto e il sesto; i quali costituiscono un corpo unico, quasi con una fisionomia propria. L'autrice avverte che il destino del manoscritto gaiano in Europa, e di là dai suoi confini, è parallelo a quello della Scuola storica e della Pandettistica; ma ripercorrere l'intero cammino degli studi romanistici (e civilistici) nel diciannovesimo secolo, le appare un compito irrealizzabile. Il suo proposito è meno ambizioso: riunire le notizie e i dati raccolti sulla presenza del Gaio veronese nell'esperienza scientifica e didattica dei diversi paesi, considerandoli come »sintomi« o »spie« di una realtà più complessa (226). Vorrebbe non andare oltre gli anni trenta dell'Ottocento; ma questo le riesce, e non sempre, per l'Europa continentale. Quando l'indagine investe la Gran Bretagna e gli Stati Uniti, non rispetta più quel limite. Comunque sia, ciò che abbiamo di fronte è molto di più di uno scarno disegno: con nostro vantaggio, ma anche con il rischio per il libro di vedere alterata la sua misura interna.

Nessuna parola sull'Italia: se si esclude la notizia iniziale circa la »prima edizione italiana« del Gaio veronese, nel 1829. È una scelta che si spiega con il rinvio a una ricerca parallela e quasi contemporanea (50, 226 nt. 5), dove non mancano, insieme con Ignazio Bevilacqua Lazise e Antonio Salvotti, i nomi di Pellegrino Rossi e di Angelo Ridolfi, di Pietro Ruga e di Carlo Giovanni Villani.[28] Forse uno scavo ulteriore andava fatto. A Napoli, Matteo de Augustinis notava nel 1841, polemizzando con l'indirizzo della Scuola storica: »Noi abbiam riso alla gioia clamorosa de' prussiani e degli allemanni in generale alla occasione del rinvenimento delle Istituzioni di Cajo nelle biblioteche di Verona. È stato per essi più grave ed importante argomento di quello che fosse stato il ricoveramento di tutte le perdute opere della biblioteca Alessandrina: è un nonnulla quel che si è detto per l'invenzione ed applicazione del vapore e dell'elettro-magnetico a petto delle cantate glorie di quelle istituzioni. In Francia stessa non si è più

28 Attenta a ogni dettaglio biografico, L. Moscati, Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione, Roma 2000, 38, 41 ss., 52–58, 67, 110–111, 121–122, lo è meno alla tradizione e alla critica testuale (si vedano le pagine 45 e 46 nt. 27).

contenti di studiar il dritto giustinianeo, ma si vuol sapere l'anteriore e l'antichissimo dritto de' Romani. E notasi che non parlasi qui di tali studii come filologici, ma come positivi e dottrinali.«[29] È difficile credere che la sua voce cadesse nel vuoto, e nessun'altra si levasse per condividerla o per contrastarla.

Sul Gaio ritrovato, il silenzio in Portogallo e in Spagna è quasi assoluto. In Austria solo una debole eco. Non così in Svizzera, dove operano Friedrich Ludwig Keller e Johann Jakob Bachofen, o in Danimarca con Paul Detlev Christian Paulsen e in Polonia con Wacław A. Maciejowski: tutti legati, in un modo o nell'altro, al Savigny e alla sua scuola. Gaio entra nel loro insegnamento e nella loro ricerca (231–238). Ma solo la superficie, se guardiamo bene, resta tranquilla; più in basso si muovono inquietudini nuove o mai sopite. Così Bachofen può dire, nelle sue note autobiografiche, che il diritto romano è per lui »un ramo della filologia classica«, e ogni tentativo di adattarlo alle concezioni moderne una »pura deformazione« dogmatica (235 nt. 30).

Nel panorama giuridico europeo della prima metà dell'Ottocento, l'Olanda ha un posto di rilievo. Sul suo mondo universitario corrono luci e ombre. Anche Leida può vedere incrinata la sua fama, e la lettera di Adrianus Catharinus Holtius a Savigny da Utrecht, sul finire del 1832, è un documento prezioso (240, 242). Non è facile distinguere le linee diverse di una cultura, in cui la tradizione filologica e storico-erudita si intreccia con una scienza giuridica attenta alla pratica e sensibile agli interessi comparatistici; né bisogna trascurare il fatto che la complessità sfocia non di rado in una semplificazione eccessiva. Così la polemica intorno alla codificazione quasi dimentica le sue motivazioni profonde. Hendrik Willem Tydeman e Jonas Daniel Meijer riconoscono alla storia del diritto un ruolo insostituibile, ma prendono entrambi le distanze da Savigny; e il secondo gli attribuisce senza mezzi termini, ma con notevole disinvoltura, l'errore di »confondere la legislazione con la dottrina e lo studio della storia con quello del diritto« (245–246). E Gaio? Si ebbero molte dissertazioni, ma né Meijer né Tydeman né Holtius scrissero nulla su di lui. In Belgio, Leopold August Warnkönig svolse un ruolo rilevante; anche come redattore, e poi direttore dopo Athanase Jourdan, della rivista francese *Thémis*, sulla quale annunciò, nel 1819, l'imminente pubblicazione del testo gaiano scoperto da Niebuhr (261–263, 266–267). Due anni prima, Savigny gli aveva rivolto l'augurio di essere un »missionario« dello

29 M. de Augustinis, Del dritto romano per quel che è e debb'essere nella presente società europea e pel nuovo diritto in Europa, Il progresso delle scienze, lettere ed arti 29, 1841, 47. Richiama l'attenzione su questa pagina A. Lovato, Diritto romano e Scuola storica nell'Ottocento napoletano, Bari 1999, 23–24.

»spirito tedesco«, e Warnkönig intese davvero il suo compito come una missione. Quanto poi al proposito di condurre l'insegnamento e gli studi »secondo il metodo dei giuristi romani«, proprio Savigny dovette dissuaderlo (257–259). È chiaro che, »superficiale« com'era, aveva preso il *Beruf* troppo alla lettera. Noto però che fu suo merito, se la fedeltà alla Scuola storica non gli impedì di contribuire, insieme con Karl Salomo Zachariae von Lingenthal e Karl Joseph Anton Mittermier, a diffondere il pensiero di Jeremy Bentham in Germania.[30]

L'annuncio della scoperta dell'opera gaiana fu dato in Gran Bretagna, nel 1823, dallo scozzese David Irving. Il luogo comune dell'inizio di una »nuova era« trovava ancora una voce. Con Irving soprattutto, e con James Reddie, che a Gaio dedicò un elogio tanto interessato quanto improbabile, la Scuola storica tedesca ebbe in Scozia un'accoglienza addirittura entusiastica. Nella *Geschichte* di Hugo si vide un modello, ma sullo sfondo vi era naturalmente Gibbon. Non solo l'erudizione classica, ma la professione giuridica in quanto tale aveva bisogno del diritto romano e del suo insegnamento. Tutto questo veniva affermato tra polemiche, di cui era chiara la ragione politica e che investivano l'idea stessa del diritto, nella sua definizione ora savigniana ora benthamiana (279–292).

Nella cultura inglese, il pensiero giuridico continentale si fece strada in vari modi. Bisogna distinguere, e l'autrice ne è consapevole, momenti e ambienti; le forme organizzative, o forensi o accademiche; le tendenze teoriche e scientifiche e le preoccupazioni pratiche, non sempre solidali fra loro. In ogni caso, era proprio dei ceti colti inglesi »la convinzione che la storia e le lettere antiche promuovessero la ragione critica e dovessero integrarsi 'with manners and politics' e con un sapere giuridico 'liberale', necessario per esercitare le magistrature e le professioni« (277). Non sfugge, sull'esempio di Peter Stein, l'impronta savigniana dei *Discourses* di George Long al Middle Temple. Siamo nel 1847 (275). Ma l'attenzione maggiore è rivolta a John Austin e alle sue controverse e sfortunate *Lectures*. Se la scelta è opportuna, si resta però piuttosto all'esterno. Il giudizio di Austin, che ricongiunge idealmente Thibaut e Savigny,[31] viene taciuto. Sul Gaio veronese, si osserva a ragione che Austin lo sottopose a un intenso studio (276). Ma noi sappiamo che la sua copia della seconda edizione di Goeschen era piena di note autografe. È possibile ancora consultarla? Inoltre l'autrice non si chiede quale uso Austin abbia fatto del Gaio nelle

30 Lo ricorda, nella sua »Vorrede«, il traduttore di J. Bentham, Principien der Gesetzgebung, herausgegeben von E. Dumont, Köln 1833, IX.

31 J. Austin, Lectures on Jurisprudence, fifth edition, revised and edited by R. Campbell, 1, London 1885, 71–72; 2, 660 ss., 669, 675–681, 1037.

Lectures. Peccato. Perché si tratta di un uso sottile, spesso critico, talvolta silenzioso o nascosto fra le righe o reso esplicito da aggiunte marginali.[32] Infine, quanto al soggiorno in Germania, che Austin ricordò sempre come un momento felice della sua vita, e al quale si era preparato con scrupolo, nessuno dovrebbe sorvolare sulla testimonianza, partecipe e delicatissima, della moglie Sarah, meravigliosa custode dei suoi libri e dei suoi pensieri.

La storia del diritto romano è »la più interessante di tutte le storie«. Hugh Swinton Legaré, giurista e uomo politico americano fra i più eminenti, e uno dei fondatori della *Southern Review*, ne era persuaso. In questa storia rientravano le Istituzioni di Gaio. Legaré ebbe modo di occuparsene in un lungo saggio, sicuramente il più esauriente e informato »fra quanti ne apparvero in America« nella prima metà dell'Ottocento. Gaio, secondo Legaré, presentava il diritto romano »nella sua più alta perfezione teorica« (310–311, 315–316). Non era la prima volta che la scoperta di Niebuhr trovava un'eco oltre l'Atlantico. Ne avevano già parlato, senza toni euforici, e (almeno il primo) con qualche scetticismo, Edward Everett e John Pickering, all'inizio e alla fine degli anni venti (306, 312–314). Il testo classico, e la scienza giuridica tedesca che lo guidava per le strade del mondo, venivano incontro a un diffuso bisogno di teoria nella cultura giuridica degli Stati Uniti. Il *civil law* doveva servire a liberare il *common law* dalla sua confusione; che lo rendeva inidoneo alle esigenze di una società nuova, e persino inapplicabile ai tratti meno »moderni« di essa, come il lavoro schiavile (294–295). Bentham l'aveva già denunciata, questa confusione, ma il radicalismo benthamiano non era visto di buon occhio. In ogni modo si lasciava aperta la porta, e non solo a New York o nella Louisiana, a un »general code«, individuandone gli esempi sia nel codice civile francese sia nelle Pandette giustinianee (297): con un salto da un'epoca all'altra, che avrebbe bisogno di un commento. L'impresa codificatoria di David Dudley Field e la polemica »savigniana« di James C. Carter restano fuori però dai confini del libro. Quel che è certo, il senso della »simmetria« e la »logica sistematica« non dovevano soffocare il pragmatismo operante nel fondo della cultura giuridica americana. Se Niebuhr metteva in guardia il suo connazionale Francis Lieber, professore in America, contro l'»idolatria« degli Stati Uniti, la civilistica tedesca era studiata e ammirata, in quel grande paese, ma non mai idolatrata. I *Commentaries* di Joseph Story, fra il 1831 e il

32 J. Austin, Lectures 1 (nt. 31) 40–42, 61–62, 68, 348–349, 363; 2: 513, 590, 736–740, 899, 906, con i rinvii più significativi.

1845, lo testimoniano. Essi vogliono allestire una trama di principii, ma rifuggono da esuberanze dogmatiche e da »sottigliezze metafisiche«. Quelli di James Kent, che li precedono di poco, si muovono più o meno nella stessa linea. L'idea di sistema che accolgono, non è l'idea di Savigny e della Pandettistica (295–299, 303–304, 309).

V

Anche il discorso dogmatico, e non solo quello storico-giuridico, avrebbe tratto vantaggio dalle Istituzioni di Gaio. Questo, come dicevo alcune pagine prima, era almeno l'auspicio di Savigny e della sua scuola. Per scorgerne la reale portata, bisognerebbe andare oltre il limite cronologico imposto dall'autrice alla sua ricerca, e rileggere il *System* lungo il filo delle citazioni gaiane che frequentemente vi ricorrono. Sono sicuro che non ce ne pentiremmo. Faccio solo un paio di esempi. Savigny ridiscute, com'è ovvio, la famosa tripartizione (accolta anche da Giustiniano) delle *personae*, *res* e *actiones*. Tutto il pensiero giuridico europeo si era confrontato con essa. Ora Savigny la considera in un duplice profilo, »secondo la sua origine e diffusione, e secondo il suo valore intrinseco«. In quest'ultimo profilo, gli appare »adeguata all'oggetto, se si considera il suo piano generale (Hauptplane); ma insoddisfacente per il modo in cui viene applicata«. È il primo accenno di una critica, che si rivela in qualche punto demolitrice. La »ricchezza« e »chiarezza« dell'opera gaiana, e il suo »inarrivabile pregio«, non devono indurre nessuno a »imitarne senz'altro l'ordine formale, anche quando lo riconosciamo imperfetto«.[33] In realtà, il rapporto fra l'»intelligenza delle fonti giuridiche« e il »sistema attuale del diritto« non è mai semplice.[34] Di fronte al dato storico, il giurista moderno rivendica ancora una volta la sua autonomia di giudizio e la sua libertà inventiva.[35] Così come può insinuare nel testo antico un nuovo senso. Lo vediamo col nome *persona*, che ora designa il soggetto dotato di capacità giuridica. [36] Lo vediamo, forse ancora meglio, con *naturalis ratio*. Qui si produce uno slittamento di significato lieve solo in apparenza. Oltre ogni dimensione oggettiva e astrattamente razionalistica, la »ragione naturale« è, per Savigny, »la coscienza giuridica comune insita nella natura umana«.[37]

Mario Bretone

33 Savigny, System des heutigen römischen Rechts 1, Berlin 1840, 394 ss., 404–5; 2, 1840, 460 ss., 478–483, 496–508, dove ci interessano soprattutto Gai. 1, 8 (= Inst. 1, 2, 12 = D. 1, 5, 1) e 1, 142 (= Inst. 1, 13 pr.).

34 Savigny, System 5, 1841, 11–12.

35 Lo constatavo, da un altro angolo di osservazione, in: Diritto e tempo (nt. 1) 74–75.

36 Savigny, System 2, 32–33, sottolinea la distanza da Gai. 1, 120–121; 1, 123; 1, 139.

37 Savigny, System 1, 110, 413–414, con il richiamo a Gai. 1, 1 = D. 1, 1, 9 (= Inst. 1, 2, 1); 1, 189; 2, 66; 2, 69; 2, 79.